



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB**  
**FACULDADE DE DIREITO - FDD**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LARISSA CARVALHO GERSANTI**

**UNIÃO HOMOAFETIVA: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO STF SOB  
A TEORIA CONSTITUCIONAL**

**BRASÍLIA**  
**2018**

**LARISSA CARVALHO GERSANTI**

**UNIÃO HOMOAFETIVA: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO STF SOB  
A TEORIA CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Paulo Henrique Blair de Oliveira

**BRASÍLIA**

**2018**

**LARISSA CARVALHO GERSANTI**

**UNIÃO HOMOAFETIVA: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO STF SOB  
A TEORIA CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Aprovada em, .....de.....de 2018, pela **Banca Examinadora** constituída pelos seguintes professores:

---

Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira  
(Orientador – Presidente)

---

Dr. Guilherme Scotti Rodrigues  
(Membro)

---

Dra. Livia Gimenes Dias da Fonseca  
(Membra)

---

Dr. Menelick de Carvalho Netto  
(Suplente)

**BRASÍLIA**

**2018**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para minha formação nesses 5 anos de Universidade de Brasília. Aos meus pais, que fizeram o sonho da UnB possível e me apoiaram em cada minuto. À Vó Rita e ao Vô Nelson, “*O mundo é mágico - as pessoas não morrem, ficam encantadas*”. À Vó Gessy, pelas orações diárias. À Ana Paula, pelas boas tardes de estudo na BCE. À Gabriela, pela compreensão e carinho ao longo dessa jornada. Ao Henrique, pelas ideias brilhantes que me inspiraram durante a execução deste trabalho. Aos meus demais amigos, pelo suporte dado em momentos de incerteza e desânimo. Ao meu orientador, professor Paulo Henrique Blair, pela paciência e pelos apontamentos feitos durante a elaboração deste trabalho. Ao U2, por confortar o meu coração quando nada mais era capaz de confortá-lo.

E, enfim, agradeço a todos aqueles que são resistência diariamente: vocês não estão sozinhos.

*“Free at last, they took your life  
They could not take your pride”  
Pride (In the name of Love) – U2*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da união homoafetiva à luz da Teoria Constitucional. Primeiramente, far-se-á breve contextualização histórica do debate dos direitos LGBTs, perpassando pelas conquistas no âmbito do judiciário e discussões na esfera do legislativo. Em seguida, será feita importante conceituação de termos como ativismo judicial e judicialização da política. Por fim, será analisado o julgamento da ADPF nº 132 e ADI nº 4277 à luz da teoria normativa de Ronald Dworkin.

**Palavras-chave:** União homoafetiva. Ativismo Judicial. Interpretação. Direito à igualdade. Supremo Tribunal Federal. Constituição.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the judgment of the Federal Supreme Court about the same-sex union according to the Constitution Theory. At first, it will be done a brief historical contextualization of the debate on LGBT rights, going through the achievements at the judiciary level and the discussions in the legislative sphere. Next, it will be done an important conceptualization of terms such as judicial activism and judicialization of politics. Finally, it will be analyzed the judgment of ADPF n° 132 and ADI n° 4277 in light of Ronald Dworkin's normative theory.

**Key-words:** Same-sex union. Judicial activism. Interpretation. Right to equality. Federal Supreme Court. Constitution

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO DEBATE SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA ..</b>	<b>10</b>
<b>3. LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO: UM OLHAR SOBRE A DEMOCRACIA .....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 O papel dos juízes em uma democracia.....</b>	<b>17</b>
<b>3.2 O Ativismo Judicial: a aplicação da interpretação conforme à Constituição e suas implicações .....</b>	<b>21</b>
<b>4. ADPF Nº 132/RJ E ADI Nº 4277/DF: AFIRMANDO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>27</b>
<b>4.1 As ações em debate .....</b>	<b>27</b>
<b>4.2 O reconhecimento da união homoafetiva em decorrência da aplicação da Constituição Federal da República .....</b>	<b>29</b>
<b>4.3 Perspectivas e questões relacionadas à união homoafetiva .....</b>	<b>37</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>43</b>



## INTRODUÇÃO

“*A homossexualidade é um fato da vida*”. Essa frase foi dita quando do julgamento da ADPF nº 132 e ADI nº 4277, o qual reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. E ela não poderia ser mais verdadeira.

Conforme dados do IBGE<sup>1</sup>, foram celebrados 5887 casamentos homoafetivos no ano de 2017. Enquanto houve um aumento de cerca de 10% em relação ao ano de 2016<sup>2</sup>, os casamentos heteroafetivos tiveram um decréscimo de 2016 para 2017, demonstrando assim que o reconhecimento desse direito foi importante para a população homoafetiva.

Em que pense esse reconhecimento e seus frutos, tais como a adoção, a população LGBT ainda é marginalizada diariamente. Há países ao redor do globo que punem a homossexualidade<sup>3</sup>, da mesma forma em que há lugares em que poucos ou nenhum direito são garantidos a essa população.

Dessa forma, o debate sobre esses direitos, bem como movimentos de conscientização e/ou demonstração de orgulho LGBT, tal como a “parada gay”, que ocorre em várias cidades do mundo, são relevantíssimos.

O julgamento do STF acerca da União estável homoafetiva pode ser visto como um evento histórico nessa luta, centrando as atenções do Brasil todo para o debate. Diversos argumentos foram utilizados, seja de viés religioso, seja de viés moral, prevalecendo o argumento constitucional, de forma que a igualdade fosse assegurada.

Portanto, o presente trabalho busca dar um panorama geral da discussão acerca dos direitos LGBTs, trazendo pontos jurídicos importantes em sua discussão, como a legitimidade do Judiciário e ativismo judicial, para, por fim, analisar o julgamento da ADPF nº 132 e ADI nº 4277 à luz da Teoria do Direito de Dworkin.

---

<sup>1</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=22856&t=destaques>> Acesso em 19/11/2018.

<sup>2</sup> Foram celebrados 5354 casamentos homoafetivos em 2016. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=17939&t=destaques>> Acesso em 19/11/2018.

<sup>3</sup> CARROLL, Aegus; MENDOS, Lucas R. **State Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition**. ILGA: Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais. 12ª Edição. Genebra, 2017.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO DEBATE SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

Atualmente, muito se discute sobre orientação sexual. Tal assunto há muito tempo permaneceu tabu, de modo que havia pouca visibilidade das pessoas homossexuais, as quais, muitas vezes, viviam à margem da sociedade. Ainda, nessa linha, cabe ressaltar que muitos estudos acadêmicos tratavam a homossexualidade como uma anomalia, como explicam Menezes, Brito e Henriques<sup>4</sup>:

(...) o foco dos estudos que buscam uma compreensão do comportamento homossexual implica em duas principais conclusões: (1) o comportamento homossexual seria uma anomalia, logo requereria um estudo específico como os existentes acerca de patologias; (2) o comportamento heterossexual seria natural, por sua explícita função reprodutiva, dispensando maiores investigações.

Assim, é visível que esse tema é eivado de preconceitos, uma vez que a própria academia se referia a homossexualidade como desequilíbrio. Cabe considerar também que, até 1985, o Conselho Federal de Medicina (CFM) classificava a homossexualidade como uma patologia, da mesma forma em que, somente em 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade do rol de doenças.

Contudo, apesar dessas recentes mudanças, não há que se falar na inexistência de discriminação contra a população LGBT, uma vez que a realidade dessa população permanece difícil. Calcula-se que, em 2017, foram mortos 445 homossexuais no Brasil<sup>5</sup>, cerca de 30% a mais em relação ao ano de 2016.

Esse preconceito, conforme estudo de Fleury e Torres<sup>6</sup>, é ostensivo

Os poucos trabalhos sobre o preconceito e a discriminação contra homossexuais realizados no Brasil (Falcão, 2004; Lacerda et al., 2002;

---

<sup>4</sup> MENEZES, Aline Beckmann; BRITO, Regina Célia Souza; HENRIQUES, Alda Loureiro. **Relação entre gênero e orientação sexual a partir da perspectiva evolucionista**. Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, v. 26, n. 2, p. 245-252, Junho de 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722010000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722010000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 24/10/2018. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-37722010000200006>>.

<sup>5</sup> Levantamento feito Grupo Gay da Bahia: Mortes violentas de LGBT no Brasil Relatório 2017. Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em 24/10/2018.

<sup>6</sup> FLEURY, Alessandra Ramos Demito; TORRES, Ana Raquel Rosas. **Análise psicossocial do preconceito contra homossexuais**. Estud. psicol. (Campinas), Campinas, v. 24, n. 4, p. 475-486, Dezembro de 2007. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2007000400007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2007000400007&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 24/10/2018. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-166X2007000400007>>.

Pereira, 2004) apresentam resultados que apontam a expressão flagrante do preconceito contra os homossexuais, ou seja, mais aberta e mais direta, menos preocupada em atender às normas do igualitarismo.

Dessa forma, a proteção aos direitos da população LGBT necessita ser cada vez mais debatida, ainda mais quando se tem, tal qual como agora, um novo presidente eleito proferindo um discurso baseado em preconceito contra essa parcela da população<sup>7</sup>, incentivando a violência e o ódio.

Por conseguinte, faz-se necessário assegurar as conquistas já tidas em favor dos LGBTs e buscar ainda mais o reconhecimento de novos direitos.

Nessa esteira, destaca-se o debate sobre a união homoafetiva. Em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu<sup>8</sup> a união de pessoas do mesmo sexo, tema que, cabe sublinhar, será explorado em detalhes no decorrer deste trabalho. Ainda, o casamento homoafetivo foi regulamentado pela Resolução nº 175 de 2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que assim dispõe<sup>9</sup>:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Por conseguinte, referida Resolução buscou complementar e ampliar o julgamento proferido pelo STF, obrigando os notários a celebrar casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em uma breve incursão histórica, verifica-se que a Holanda foi pioneira na autorização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo<sup>10</sup> em 2001, igualando os direitos e deveres dessa união com aqueles existentes nas uniões heteroafetivas.

---

<sup>7</sup> TEIXEIRA, Matheus. **No julgamento de Bolsonaro, Roberto Barroso fala em tipificar crime de homofobia**. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/bolsonaro-barroso-em-tipificar-crime-de-homofobia-29082018>> Acesso em 24/10/2018.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF. Julgado em 05/05/2011. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13.10.2011

<sup>9</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Brasília, DF, maio de 2013.

<sup>10</sup> FOLHA DE S. PAULO. **Holanda aprova casamento homossexual incluindo adoção de crianças**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u8256.shtml>> Acesso em 24.10.2018.

Seguiu-se a autorização pela Bélgica (em 2003), Espanha (em 2005), Canadá (em 2005), África do Sul (em 2006), Noruega (em 2009), Suécia (em 2009), Portugal (em 2010), Islândia (em 2010), Argentina (em 2010), Dinamarca (em 2012), Uruguai (em 2013), Nova Zelândia (em 2013), França (em 2013), Grã-Bretanha (em 2014), Luxemburgo (em 2014), Irlanda (2015), Estados Unidos da América (em 2015), Finlândia (em 2017)<sup>11</sup>.

Ainda, cabe destacar que nem sempre tal reconhecimento se deu pela via legislativa, de forma que em alguns casos, como Brasil e Estados Unidos<sup>12</sup>, o reconhecimento da união homoafetiva ocorreu por decisão proferida pelo judiciário.

Nesse sentido, nota-se que o poder judiciário brasileiro é responsável por julgamentos que visam a proteger direitos da comunidade LGBT, estando, muitas vezes, na vanguarda dessa proteção, suprimindo a inércia do poder legislativo.

Aponta-se, por conseguinte, o julgamento da ADI nº 4275<sup>13</sup>, ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria Geral da República com o intuito de dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei nº 6.015/73, na redação conferida pela Lei nº 9.708/98, *“reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização”*.

O Plenário do STF julgou<sup>14</sup> procedente a ação para dar interpretação conforme à Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, reconhecendo o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil dos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.

Salienta-se também o julgamento da ADI nº 5543<sup>15</sup>, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), na qual se questiona a validade constitucional do artigo 64,

---

<sup>11</sup> G1. **Veja quais países já aprovaram o casamento gay**. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/veja-quais-paises-ja-aprovaram-o-casamento-gay.html>> Acesso em 24.10.2018; ESTADÃO. **Um panorama do casamento gay e da adoção por casais do mesmo sexo pelo mundo**. Disponível em <<https://internacional.estadao.com.br/blogs/radar-global/um-panorama-do-casamento-gay-e-da-adoacao-por-casais-do-mesmo-sexo-pelo-mundo/>> Acesso em 24.10.2018.

<sup>12</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Caso Obergefell v. Hodges**. Disponível em <[https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)>.pdf. Acesso em 24.10.2018

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 4275**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Proposta em 21/07/2009.

<sup>14</sup> Julgamento pelo Plenário do STF em 01/03/2018 – Acórdão não publicado

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 5543**. Relator: Ministro Edson Fachin. Proposta em 07/06/2016.

inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do artigo 25, inciso XXX, alínea 'd', da Resolução da Diretoria Colegiada/RDC nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA, “*os quais dispõem sobre a inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática*”.

Nesse julgamento, o qual se encontra suspenso por causa do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Relator Edson Fachin votou pela procedência da ação, tendo sido acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux.

Destacam-se ainda:

- ADI nº 5740<sup>16</sup>, na qual se discute a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 2.146/2017 do Distrito Federal que sustou o Decreto nº 38.923, o qual, por sua vez, regulou a Lei Distrital nº 2.615/2000. A referida Lei Distrital determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas do Distrito Federal;

- ADI nº 5668<sup>17</sup>, que trata a interpretação do Plano Nacional de Educação (aprovado pela Lei 13.005/2014), de modo a reconhecer o dever constitucional das escolas públicas e particulares de prevenir e coibir o bullying homofóbico;

- Mandado de Injunção (MI) nº 4733<sup>18</sup>, que tem por objetivo a obtenção da “*criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*”.

Na esfera legislativa, por sua vez, há inúmeros projetos de lei que tratam da temática, dos quais se sobressaem:

- Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 134/2018<sup>19</sup>, o qual tem por objeto a instituição do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero;

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 5740**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Proposta em 04/07/2017.

<sup>17</sup> Idem. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 5668**. Relator: Ministro Edson Fachin. Proposta em 13/03/2017.

<sup>18</sup> Idem. **Mandado de Injunção: MI nº 4733**. Relator: Ministro Edson Fachin. Proposta em 10/05/2012.

<sup>19</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 134 de 2018**. Relator atual: Ataídes Oliveira. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em 26/10/2018.

- PLS nº 457/2011<sup>20</sup>, que possui o objetivo do aumento de pena dos crimes contra a honra, previstos nos artigos nº 138, 139 e 140, caput e § 2º; altera a redação do § 3º do art. 140, para incluir a orientação sexual e identidade de gênero como elementos para injúria qualificada e acrescenta a possibilidade de aumento de pena para dois terços no art. 141, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

- Projeto de Lei (PL) nº 7292/2017<sup>21</sup>, que modifica o Código Penal Brasileiro para prever o LGTBcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, bem como para incluir o LGTBcídio no rol dos crimes hediondos, na Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos);

- PL nº 287/2003<sup>22</sup>, que altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989 para dispor sobre o crime de rejeição de doadores de sangue resultante de preconceito por orientação sexual;

- PL nº 5002/2013<sup>23</sup>, projeto intitulado Lei João W. Nery, Lei de Identidade de Gênero, o qual dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973;

- PL nº 580/2007<sup>24</sup>, que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva;

- PL nº 2383/2003<sup>25</sup>, que estabelece que as operadoras de planos de saúde não poderão criar restrições à inscrição de pessoas como dependentes de outras em função de pertencerem ao mesmo sexo.

Observa-se que, em que pese haver discussões no âmbito o poder judiciário e do poder legislativo, ainda há muito a ser avançado no reconhecimento dos direitos LGBTs.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 457 de 2011**. Relator atual: Antonio Anastasia. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101467>> Acesso em 26/10/2018.

<sup>21</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7292/2017**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2128135>> Acesso em 26/10/2018.

<sup>22</sup> Idem. **Projeto de Lei nº 287/2003**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105927>> Acesso em 26/10/2018.

<sup>23</sup> Idem. **Projeto de Lei nº 5002/2013**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>> Acesso em 26/10/2018.

<sup>24</sup> Idem. **Projeto de Lei nº 580/2007**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155>> Acesso em 26/10/2018.

<sup>25</sup> Idem. **Projeto de Lei nº 2383/2003**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=139917>> Acesso em 26/10/2018.

Para tanto, traz-se algumas iniciativas legislativas que estão na contramão do reconhecimento dos direitos dessa minoria, tais quais o Projeto de Lei nº 4508/2008<sup>26</sup>, que visa a proibição da adoção por homossexual. A justificação desse projeto de lei assinala:

O objetivo desta lei é resguardar a criança adotada, que não poderá ser exposta a situação que possa interferir na sua formação. Toda criança deve ter direito a um lar constituído de forma regular, de acordo com os padrões da natureza.

Assim, verifica-se o caráter inerentemente discriminatório desse projeto de lei, tratando a família que diverge do “padrão da natureza” (aqui subentendido como heterossexual) como aquela incapaz de constituir um lar saudável para crianças.

Ainda, nessa mesma linha, há o PL nº 620/2015<sup>27</sup>, que propõe alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para proibir a adoção conjunta por casal homossexual, haja vista que a população brasileira não aprovaria o casamento homoafetivo e, desse modo, a adoção de crianças e adolescentes por tais casais poderia ocasionar danos psicológicos e emocionais a esses jovens.

A homofobia existente nesses dois projetos de leis é clara, haja vista que ela nada mais é do que hostilidade aos homossexuais<sup>28</sup>, a qual pode ser manifestada tanto por meio de violência física quanto psicológica e, também, pela simples repulsa a essa parcela da população. Nos casos, o viés homofóbico fica evidente quando se percebe a negativa de direitos iguais.

Atenta-se ainda que esse caráter preconceituoso é, dentre outros fatores, derivado da ausência de informação e educação sobre a temática. Pouco se fala sobre orientação sexual e o preconceito gerado nas escolas, como já afirmou Dinis<sup>29</sup>:

---

<sup>26</sup> Idem.. **Projeto de Lei nº 4508/2008.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420940>> Acesso em 26/10/2018.

<sup>27</sup> Idem. **Projeto de Lei nº 620/2015.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=969166>> Acesso em 26/10/2018.

<sup>28</sup> KOEHLER, Sônia Maria Ferreira. **Homofobia, cultura e violências: a desinformação social.** Revista Interações, vol. 9 n.º 26 (2013): NÚMERO ESPECIAL – Adolescência: uma visão caleidoscópica. Publicado em 01/01/2014.

<sup>29</sup> DINIS, Nilson Fernandes. **Homofobia e educação: quando a omissão também é signo de violência.** Educ. rev., Curitiba, n. 39, p. 39-50, Abril de 2011. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-40602011000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602011000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31/10/2018. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-40602011000100004>>.

Essa ignorância sobre o tema, assim como a presunção assumida por professoras (es) de que a escola só deva discutir assuntos universais, sendo somente a norma da heterossexualidade concebida como natural e universal, exclui a sexualidade de estudantes LGBTTs e faz com que a diversidade sexual e de gênero seja um tema excluído do currículo, mesmo das aulas de Educação Sexual.

Tal questão fica latente quando se rememora o famigerado “*kit gay*”, assim chamado, em tom pejorativo, o projeto “Escola sem Homofobia”. Esse programa foi uma política do Ministério da Educação que visava à informação acerca de temas relacionados à sexualidade e gênero. Contudo, após ampla repercussão na mídia e de setores mais conservadores da sociedade, o governo da época decidiu suspender o projeto<sup>30</sup>.

Por conseguinte, verifica-se uma situação em que a ausência de políticas públicas, tanto para educar acerca da orientação sexual quanto para coibir o preconceito, é capaz de gerar ainda mais desconhecimento e desinformação. Essa carência de políticas públicas já foi pesquisada por Mello, Brito e Maroja<sup>31</sup>, que concluíram:

Quando se olha mais especificamente para áreas como educação, segurança, trabalho, assistência social, previdência social e saúde, a partir das entrevistas realizadas com gestoras governamentais e lideranças LGBT, o que se constata é que as políticas públicas voltadas para o combate à homofobia e à garantia de direitos para a população LGBT igualmente são incipientes e pouco consistentes ou mesmo inexistentes, embora estejam previstas em programas e planos importantes do Governo Federal, como o *Brasil sem Homofobia*, o *Plano Nacional LGBT* e o *Programa Nacional de Direitos Humanos 3*.

Percebe-se que, efetivamente, pouco se tem feito pela população LGBT. Essa escassez de ações, que vão desde projetos voltados para essa população, que incluem projetos de segurança pública<sup>32</sup>, a projetos educadores para a população em geral.

---

<sup>30</sup> Trata-se do Governo da presidente Dilma Rousseff, em 2011. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/politica/apos-pressao-de-religiosos-dilma-suspende-producao-de-kit-anti-homofobia-2766070>> Acesso em 26/10/2018

<sup>31</sup> MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. **Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades**. Cad. Pagu, Campinas, n. 39, p. 403-429, Dezembro de 2012. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332012000200014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332012000200014&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31/10/2018

<sup>32</sup> MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; BRITO, Walderes. **Políticas públicas de segurança para a população LGBT no Brasil**. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 22, n. 1, p. 297-320, Abril de 2014.



### 3. LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO: UM OLHAR SOBRE A DEMOCRACIA

#### 3.1 O papel dos juízes em uma democracia

Primeiramente, cabe destacar que o termo democracia possui acepções diversas. Em uma delas, definida por Bobbio<sup>33</sup>, democracia seria

(...) caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos.

Ainda, segundo esse autor<sup>34</sup>, haveria três condições imprescindíveis para a configuração de uma democracia: 1) um grande número de indivíduos participaria da tomada de decisão, bem como prevaleceria a denominada 2) regra da maioria, na qual se sobressairia a decisão da maioria desses indivíduos, de forma que ela não precisaria ser unânime e, por fim, 3) a garantia de direitos de liberdade, de forma a propiciar uma escolha equânime dos indivíduos que tomam as decisões.

Assim, democracia pode ser caracterizada como um regime político em que há participação da população, de forma a ocorrer a primazia da vontade do povo, a conservação da liberdade e a igualdade de direitos<sup>35</sup>. Resta claro que a população possui um papel central na democracia, estando intrinsecamente ligada ao próprio conceito.

Estabelecido um conceito mínimo de democracia, cabe trazer a contraposição arguida pelo escritor norte-americano Richard A. Posner<sup>36</sup>. Conforme esse autor, haveria dois conceitos de democracia, a saber: Conceito 1, que seria a democracia deliberativa, a qual é vista como um tipo idealizado, uma vez que haveria a participação de todos no processo democrático, por meio de uma democracia representativa e o Conceito 2, que seria a democracia pragmática, a qual esse autor defende.

---

Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2014000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2014000100016&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31/10/2018.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. In: Idem. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 18.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 19-20.

<sup>35</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>36</sup> POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Essa concepção de democracia, nos termos de Posner, seria mais realista e algo como um “tipo de mercado”<sup>37</sup>, na linha de sua análise econômica do direito<sup>38</sup>. Como o próprio autor define<sup>39</sup>

A democracia no Conceito 2 tende a alinhar o comportamento de políticos e representantes oficiais com os interesses do povo como o povo os percebe. Não é governo pelo povo, mas é governo do povo e mais ou menos para o povo.

Assim, alinhado ao conceito de democracia de interesse, na qual se entende que a maioria do público seria indiferente à política, de forma que uma elite política representaria os interesses do povo, Posner critica a postura dos juízes nessa democracia, uma vez que eles são grandes interventores no processo democrático.

Enquanto que os estudiosos que compreendem a democracia como deliberativa prezam pelo papel do judiciário, haja vista que ele seria capaz de executar políticas não tão realizáveis por deliberação democrática<sup>40</sup>, os pragmáticos tratam o reexame judicial com desconfiança, a julgar pela afirmação acerca da antidemocraciedade da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>41</sup>.

Dessa forma, a atividade judicial é retratada com cautela, tendo em vista que juízes não são eleitos pelos indivíduos para representa-los, além de que a maioria desses magistrados não possuiriam experiência e/ou especialidade para decidir e interpretar certos direitos constitucionais<sup>42</sup>.

Nessa linha, Posner<sup>43</sup> cita Bickel acerca do elitismo existente, uma vez que apenas um grupo seleto de pessoas, tal qual juízes de primeira e segunda instância, advogados e ministros da Suprema Corte tratariam de questões que afetariam a população toda do país, bem como não haveria experiência em certas demandas para decidi-las.

Dessa forma, pode-se interpelar, como poderia tal grupo tratar e decidir matérias que dizem respeito a minorias, da qual, muitas vezes, eles não fazem parte?

---

<sup>37</sup> POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>38</sup> POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown & Company, 1972.

<sup>39</sup> Idem. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 129.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>41</sup> POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 235.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 179.

<sup>43</sup> POSNER, Richard A., op. cit. 2010

Como o próprio autor norte-americano questiona, em dado momento de sua obra<sup>44</sup>, “*os tribunais têm que ser a única instituição de governo com permissão para proteger minorias de serem esmagadas por maiorias?*”

Com o intuito de esclarecer essa indagação, far-se-á breve retrospectiva histórico acerca do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário passou a ter um papel mais relevante com a derrocada de governos absolutistas e a posterior instalação de Estados liberais. Nesse contexto, houve a difusão da separação de poderes como ideal a ser alcançado. Por conseguinte,

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função, conhecida como *judicial review* ou *controle de constitucionalidade das leis*, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos. Nos países em que o Judiciário ou um tribunal especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Nos países em que essa função inexistente, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar papel político no processo decisório normativo.<sup>45</sup>

O Poder Judiciário brasileiro, por sua vez, se encaixa no primeiro modelo mencionado, possuindo tanto o controle de constitucionalidade concentrado, no qual esse controle é realizado apenas por um determinado órgão judicial, quanto o controle difuso, em que qualquer órgão do poder judicial pode exercê-lo<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 132.

<sup>45</sup> ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: Entre a Justiça e a Política**. In: Sistema Político Brasileiro: uma introdução. Capítulo 3. 2ª Edição Revisada e Ampliada. Organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. Editora Unesp. p. 84.

<sup>46</sup> NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direitos Constitucional**. 10ª ed. Ver., ampl e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

É importante recordar que a democracia brasileira em seu modelo atual é recente, tendo sido inaugurada em 1988 com a Constituição Federal assentando a formação de um Estado Democrático de Direito<sup>47</sup>. Cabe ressaltar que a CRFB/1988 assegura a separação de poderes, de forma que cada poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) possa atuar de forma independente, garantindo que os direitos previstos na Constituição sejam respeitados, nos seguintes termos:

Portanto, com relação à problemática das relações entre o poder Judiciário, por um lado, e os demais poderes de Estado, por outro, o aspecto central a ressaltar é o do princípio da supremacia da Constituição que está na origem da noção de rigidez constitucional e que se constitui em condição fundamental para o exercício, pelo poder Judiciário, de todo e qualquer controle de constitucionalidade de atos emanados dos poderes Executivo e Legislativo.<sup>48</sup>

Assim, o Poder Judiciário possui o dever de zelar pelo cumprimento da Constituição Federal, de maneira que o controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes da República seja uma das atribuições do judiciário.

Ainda, é válido ressaltar que tal controle é também um meio para que as minorias não tenham seus direitos constitucionais tolhidos por atos normativos do Poder Legislativo e/ou Executivo, uma vez que elas próprias podem acionar os órgãos judiciais, como afirmado por Arantes:

(...) adota fortemente o princípio liberal da contenção da maioria política, por meio de um sistema ultradescentralizado de controle constitucional, que permite às minorias políticas exercer poder de veto, invocando a Constituição contra leis e atos normativos dos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

<sup>48</sup> ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil**. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 19, n. 40, p. 195-209, Outubro de 2011. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300014&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10/11/2018.

<sup>49</sup> ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: Entre a Justiça e a Política**. In: Sistema Político Brasileiro: uma introdução. Capítulo 3. 2ª Edição Revisada e Ampliada. Organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. Editora Unesp. p. 98.

Portanto, mesmo que o Poder Judiciário não seja eleito, tal qual os Poderes Executivo e Legislativo o são e, muitas vezes, não seja exatamente representativo da população, ele ainda sim pode e deve garantir direitos de minorias, ainda mais quando não há a prestação legislativa adequada e necessária. Desse modo, haverá proteção aos direitos constitucionalmente previstos, asseverando a supremacia da Constituição no Estado democrático de direito.

### **3.2 O Ativismo Judicial: a aplicação da interpretação conforme à Constituição e suas implicações**

Tendo sido explanado que os juízes têm um papel primordial e legítimo na defesa de direitos de minorias na democracia brasileira, faz-se preciso elucidar questões acerca do chamado *ativismo judicial*, que pode ser definido como uma atitude mais dinâmica e diligente dos juízes e tribunais.

Esse ativismo é largamente questionado, uma vez que ele pode acarretar em uma interferência excessiva do Poder Judiciário nos demais Poderes, ultrapassando os limites devidos de sua atuação, como acentuado por Posner<sup>50</sup>

A questão da legitimidade judicial é mais agudamente colocada pelo desenvolvimento agressivo por juízes de seu poder essencialmente discricionário para interpretar a Constituição, o tipo de comportamento que acaba denunciado como ‘ativismo judicial’. Existem três possibilidades. Em primeiro lugar, isso pode significar uma inclinação para ampliar o poder dos tribunais às expensas de outros ramos do governo. (...)

Em segundo lugar, o termo ‘ativismo judicial’ é quase sempre usado pejorativamente para se referir à mera agressividade judicial. (...)

Em terceiro lugar, o ‘ativismo judicial’ pode só denotar um franco reconhecimento de que, já que os juízes em nosso sistema possuem um grande arbítrio, especialmente quando são ministros da Suprema Corte interpretando a Constituição, eles necessariamente são participantes ‘ativos’ da governança política.

---

<sup>50</sup> POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 163.

Assim, na maioria das vezes, o ativismo judicial é visto de forma negativa, uma vez que, nele, os juízes (principalmente aqueles da Suprema Corte) participariam do jogo político sem necessariamente serem representantes eleitos pelo povo, utilizando do poder decisório que lhes foram conferidos.

Nesse sentido, questiona-se: em que ponto uma decisão deixa de ser uma mera resolução de conflito para ser considerada ativismo judicial?

Juízes e tribunais, ao decidirem uma questão, passam por uma análise interpretativa da legislação que permeia o caso. Essa interpretação pode-se dar de várias formas, mas sempre respeitando os limites da referida legislação, como afirmou Dworkin<sup>51</sup>

As regras criadas por leis estão sujeitas à interpretação e reinterpretação, por vezes mesmo quando disso resulta a não execução daquilo que é chamado de “intenção do legislador”. Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito

Por conseguinte, a atividade jurisdicional por parte dos juízes e Suprema Corte é feita com base nas regras já estabelecidas, de forma que o ativismo judicial, em seu significado depreciativo, seria ultrapassar esses contornos. Dessa forma, o Poder Judiciário estaria criando novas regras, instituto que não lhe é característico.

Nesta seara, há também o fenômeno chamado de *judicialização da política*, que, embora similar, não se confunde com o ativismo judicial. Nele, o Judiciário avoca para si o papel que seria tradicionalmente dos Poderes Executivos e Legislativo, prestando aquilo que tais órgãos foram omissos e/ou não realizaram adequadamente.

Tal judicialização pode ser vista com clareza no seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), do qual se destaca o seguinte trecho da ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DE MANDATO DE DEPUTADO FEDERAL. QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR. ALEGADAS NULIDADES. 1. **O Supremo Tribunal Federal somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o**

---

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 59.

**cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias.** Nenhuma das hipóteses ocorre no presente caso. (...)

(MS 34327, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017, *g.n.*)

Assim, o STF assume a responsabilidade que não lhe é atribuída originalmente. Essa judicialização fica mais presente a partir da expansão do judiciário e ampliação do acesso à justiça<sup>52</sup>, uma vez que se torna mais fácil demandar direitos previstos constitucionalmente e infraconstitucionalmente pela via judicial do que por qualquer outra.

Dessa forma, ambos os fenômenos se fazem presentes nos tribunais brasileiros e, sobretudo, no STF, podendo se manifestar de diversas formas.

Uma dessas maneiras é a chamada *interpretação conforme à Constituição*, recurso muito utilizado pelos Ministros da Suprema Corte brasileira quando do pedido de declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de determinado dispositivo legal.

Primeiramente, cabe destacar que a interpretação de uma norma ou lei não é ciência exata: não há apenas uma resposta correta,

(...) na interpretação jurídica não se trata de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista. Mas também é inaceitável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme os critérios de um juiz hipotético racionalmente justo. A possibilidade de mais de uma decisão justificável à luz dos princípios e regras constitucionais parece-nos evidente. O problema está exatamente em delimitar as fronteiras entre

---

<sup>52</sup> ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: Entre a Justiça e a Política**, p. 100-101. In: Sistema Político Brasileiro: uma introdução. Capítulo 3. 2ª Edição Revisada e Ampliada. Organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. Editora Unesp.

as interpretações justificáveis e as que não são ‘atribuíveis’ aos textos constitucionais e legais no Estado Democrático de Direito<sup>53</sup>

Por conseguinte, deve-se partir da afirmação de que há várias interpretações possíveis para uma mesma norma, levando-se em consideração sempre os princípios que regem o Estado e a própria Constituição Federal. Assim, para aplicar uma norma a um caso concreto, juízes e tribunais se deparam com vários caminhos possíveis para dar efetividade a essa norma.

A interpretação conforme à Constituição é uma das técnicas existentes de interpretação. Ela parte da conjectura de que toda lei criada é constitucional, buscando interpretá-la nos moldes da Constituição. Assim, a ideia por detrás dessa técnica é conciliar a norma com a CRFB/88, evitando uma declaração de nulidade e/ou inconstitucionalidade da norma<sup>54</sup>.

É mister reconhecer que o interprete deve empregar essa técnica usando não apenas as regras dispostas na Constituição, como também os princípios que embasaram e norteiam sua concepção. Ainda, não se deve descartar a finalidade da norma ao elaborar a norma em discussão, de forma que a interpretação seja feita considerando todos os fatores necessários.

Ainda, verifica-se um certo caráter valorativo no raciocínio que cerca esta técnica interpretativa<sup>55</sup>, visto que o juiz e/ou tribunal irão analisar a lei em questão eliminando a interpretação que, conforme o entendimento assentado por eles, não condiz com a Constituição Federal.

Contudo, deve-se alertar que essa técnica precisa ser utilizada com atenção, haja vista que existe o risco de que seu emprego modifique o sentido e finalidade das leis, criando uma interpretação que visivelmente não se compatibiliza na redação da norma. Nos termos elucidados por Bonavides<sup>56</sup>:

Os limites entre a interpretação e a criação do direito são fugazes, inseguros, movediços, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da interpretação declaratória para a interpretação constitutiva, e por via desta – o que é mais grave – para a interpretação *contra legem*. Corre o

---

<sup>53</sup> NEVES, Marcelo. **A interpretação jurídica no estado democrático de direito**. In: Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª edição São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. op cit. p. 520.

<sup>56</sup> Ibidem. p. 523.



juiz ou o intérprete o risco de não interpretar a lei, mas de reforma-la. De sorte que, em assim acontecendo, suprime-se uma das maiores vantagens do método de interpretação conforme à Constituição, qual seja, a de afiançar a sobrevivência da lei, não lhe declarando a nulidade. Em outras palavras, o método em questão, sem embargo do raio de flexibilidade proporcionado ao intérprete, não deve tomar nunca uma extensão que consinta a interpretação *contra legem*. Não deve permitir jamais que o juiz, alterando a lei, se substitua ao legislador.

Nessa perspectiva, pode-se utilizar como exemplo o polêmico julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44<sup>57</sup> (Apensada à ADC nº 43<sup>58</sup>), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB buscando a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal<sup>59</sup>, que possui o seguinte teor:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Essa ADC foi ajuizada em virtude dos conflitos que surgiram com o julgamento do HC nº 126.292<sup>60</sup>, o qual permitiu a execução provisória da pena antes mesmo do trânsito em julgado. Argumentou-se ainda que tal entendimento fere o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal<sup>61</sup>.

O julgamento da Medida Cautelar declarou a constitucionalidade do artigo em referência, dando interpretação conforme à Constituição para assentar que a pena pode ter sua execução iniciada após a condenação em segundo grau de jurisdição, e, conseqüentemente, não seria necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença.

---

<sup>57</sup> Supremo Tribunal Federal – Acórdão publicado em 07/03/2018 – Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin.

<sup>58</sup> ADC ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional – PEN em 18/05/2016.

<sup>59</sup> BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, Brasília, DF, out 1941.

<sup>60</sup> Julgamento ocorrido em 17/02/2016 – Acórdão publicado em 17/05/2016, Relator Ministro Teori Zavascki.

<sup>61</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

Dessa forma, foi utilizada a técnica de interpretação conforme à Constituição para dar um sentido totalmente adverso à letra e à finalidade da Lei em comento. Assim, vê-se que o STF agiu como verdadeiro legislador, nos moldes do *ativismo judicial*.

Por fim, pode-se firmar que juízes e Tribunais precisam embasar suas decisões e/ou julgamentos em interpretações que respeitem a Constituição Federal e seus valores, tal qual os princípios, nos termos afirmados por Dworkin<sup>62</sup>

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política — decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promover melhor o bem-estar geral — e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

---

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101.

## **4. ADPF Nº 132/RJ E ADI Nº 4277/DF: AFIRMANDO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL**

### **4.1 As ações em debate**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ foi ajuizada pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro em 27/02/2008, buscando dar interpretação conforme à Constituição do art. 19, II e V e o art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei nº 220, de 18.07.1975, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe o Estatuto dos Servidores Cíveis desse estado, de forma que tais dispositivos dizem respeito aos direitos dos familiares desses servidores públicos.

Dessa forma, qualquer interpretação que iria de encontro aos preceitos fundamentais, tais quais o direito à igualdade (art. 5º, caput, CRFB/1988<sup>63</sup>) e seus derivados, como a autonomia da vontade (art. 5º, II<sup>64</sup>), princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/1988<sup>65</sup>) e princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput, CRFB/1988), está em desacordo com a Constituição Federal.

Pugnou-se então pela equiparação das uniões estáveis homoafetivas com as uniões heteroafetivas, de forma que as decisões que não reconheçam tal igualdade sejam declaradas como violadoras de preceitos fundamentais. Ainda, pleiteou-se a aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil<sup>66</sup> e, caso haja a conversão para ADI, sua interpretação conforme à Constituição.

O referido processo foi distribuído ao Ministro Ayres Britto, que determinou a requisição de informações ao Governador e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça dos Estados, os quais demonstraram que a jurisprudência acerca do tema não estava pacificada.

A Procuradoria-Geral da República, que já havia se manifestado integralmente favorável ao pleito, propôs a Ação Direta de Constitucionalidade nº 4277 em 22/07/2009, com o intuito de ver reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar,

---

<sup>63</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes;

<sup>64</sup> Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>65</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>66</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

bem como a extensão dos direitos decorrentes da união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva.

Dessa forma, ambos os processos foram julgados em conjunto, tendo em vista a temática. Ainda, houve o ingresso de vários *amicus curiae*, sendo que a maior parte deles pugnava pela procedência das ações. Dos poucos que requereram a improcedência da ação, ressalta-se manifestações no sentido de que a lei seria taxativa na definição de união como aquela entre “homem e mulher”<sup>67</sup>, de forma que essa seria a definição legal do conceito de família.

Ainda, houve o argumento falacioso de que o reconhecimento da união homoafetiva acarretaria na legalização do incesto<sup>68</sup>, visto que os fundamentos levantados para o reconhecimento da união homoafetiva poderiam ser utilizados para a legalização dessas outras relações.

A lógica utilizada se caracteriza como a intitulada “*falácia do espantalho*”<sup>69</sup>, na qual se refuta um argumento que não foi mencionado pelo opositor, em uma visão deturpada deste. Assim, emprega-se um argumento mais facilmente controverso (no caso, as relações incestuosas) como se esse fosse o utilizado pelo antagonista do debate (como se aqueles que defendessem o reconhecimento da união homoafetiva fossem a favor do incesto), de forma a se tornar mais fácil essa impugnação.

Essa argumentação é bastante perigosa, visto que tende a desviar da discussão real. No caso em comento, fica claro que a finalidade é também de infligir o medo na sociedade, uma vez que a legalização das relações incestuosas não é bem quista.

Atualmente, muitos discursos se utilizam dessa lógica argumentativa<sup>70</sup>, fugindo da verdadeira questão em debate, redirecionando o objeto da controvérsia.

No caso do julgamento em questão, pode-se afirmar que a Associação Eduardo Banks não obteve sucesso, ao menos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com essa

---

<sup>67</sup> Ver petição de ingresso como *amicus curiae* da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Juntada em 05/04/2011.

<sup>68</sup> Ver petição de ingresso como *amicus curiae* da Associação Eduardo Banks. Juntada em 04/05/2011.

<sup>69</sup> Esse tipo de argumentação foi definido por Ralph H. Johnson e John A. Blair (1983, p. 83) como: “... *when you misrepresent your opponent's position, attribute to that person a point of view with a set-up implausibility that you can easily demolish, then proceed to argue against the set-up version as though it were your opponent's.*”

<sup>70</sup> Um exemplo a ser dado é aquele no qual o então presidente Jair Bolsonaro, ao ser questionado sobre suas afirmações homofóbicas no Jornal Nacional da Rede Globo, respondeu acerca do “*kit gay*” aqui já mencionado, mostrando um livro que supostamente estaria no referido programa do governo. Assim, desviou-se da questão real em debate, trazendo um argumento que, para ele, seria mais facilmente refutável. Ver: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535564207\\_054097.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535564207_054097.html). Acesso em 16/11/2018.

“*falácia do espantalho*”, uma vez que o julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277 assentou o reconhecimento da união estável homoafetiva, sob o argumento de que a CRFB/1988 não delimitou o conceito de família (tanto no sentido de quem seria essa entidade familiar quanto o modo como ela se formaria, seja pelo casamento civil, seja apenas pela união estável), utilizando-se da interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do CC, para eliminar a interpretação preconceituosa que se pode ter ao ler tal dispositivo.

#### **4.2 O reconhecimento da união homoafetiva em decorrência da aplicação da Constituição Federal da República**

Neste tópico, analisar-se-á os votos proferidos pelos Ministros do STF quando do julgamento da ADPF nº 132 e ADI nº 4277, julgadas em conjunto.

O Ministro Relator, Ministro Ayres Britto, assinala, já de pronto, a possibilidade de interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do CC, reconhecendo assim a união homoafetiva (termo que o Ministro faz questão de utilizar) como entidade familiar. Assim, fundamenta seu voto pela vedação à discriminação, prevista no art. 3º, IV da CRFB/1988<sup>71</sup>; a autonomia da vontade quanto à orientação sexual, protegida constitucionalmente e pelo fato de que a CRFB/1988 não faz uma definição de família.

Primeiramente, cabe tecer algumas considerações sobre os princípios da liberdade e da igualdade, ambos assegurados na Constituição, visto que, primordialmente, o debate sobre o reconhecimento da união homoafetiva e demais direitos LGBTs é centrado em um “impasse” sobre esses dois princípios.

A liberdade, dentro dessa discussão, pode ser compreendida como a liberdade que cada indivíduo possui de pensamento e crença, bem como de expressá-los. Assim, um indivíduo seria livre para pensar, conforme sua religião e/ou convicção moral, que a união homoafetiva é errada, bem como que o Estado não deveria assegurar nenhum direito àqueles que são LGBTs, de forma que apenas a união heteroafetiva seria legal no nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>71</sup> Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*  
IV - *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*;

Nesse mesmo diapasão, a igualdade pode ser definida como a isonomia entre os cidadãos, de modo que cada indivíduo do Estado tenha as mesmas garantias e direitos, não importando sua orientação sexual.

Isto posto, qual seria a solução adequada para esse conflito? Permitir a prevalência da liberdade, uma vez que há um grande número de pessoas que tem esse pensamento, ou a preponderância da igualdade, vedando assim a discriminação entre os indivíduos?

Dworkin resolve o embate entre igualdade e liberdade pela primazia da igualdade<sup>72</sup>, pois,

Faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos.

(...) Assim, quem pensa que a liberdade e a igualdade realmente entram em conflito em algum momento deve pensar que proteger a liberdade significa agir de modo que não demonstre igual consideração por todos os cidadãos.

Dessa forma, homossexuais e heterossexuais devem possuir os mesmos direitos, uma vez que a igualdade precisa ser assegurada. Assim, também decorre o princípio que proíbe a discriminação, estando nele contido a vedação à discriminação por orientação sexual.

Ainda, cabe narrar que o próprio Ministro Relator diz<sup>73</sup>

Assim, interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçadamente preconceituoso ou *homofóbico*.

---

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões, revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 168-169.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 42.

Essa postura se coaduna com a Teoria do Direito como integridade, preconizada por Dworkin<sup>74</sup>. O juiz deve analisar, ao decidir questões complexas como essa, os princípios e valores que regem a comunidade política. Assim, a Constituição é o maior expoente disso, positivando esses preceitos e o juiz é o intérprete legítimo disso.

Daí, a partir da leitura e interpretação da nossa Constituição, não há que se falar no não reconhecimento da união homoafetiva, garantida pelo direito fundamental à igualdade. Por conseguinte, a utilização da interpretação conforme à Constituição precisa ser questionada. Como já explicitado, ela é uma técnica valorativa que pressupõe a existência de mais de uma interpretação possível, balanceando princípios e normas para encontrar a interpretação mais adequada aos olhos de quem interpreta.

O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Ministro Relator, dando ênfase à importância dos direitos fundamentais, os quais expressaram os valores de uma comunidade. Com o intuito de ajudar no deslinde da controvérsia, estabeleceu algumas premissas, a saber<sup>75</sup>:

1º) “*A homossexualidade é um fato da vida*”, ou seja, ela é uma ocorrência comum, de forma que não há maneiras de se impedir que isso aconteça;

2º) “*A homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual*”, reafirmando o fato de que a homoafetividade não é uma doença ou problema;

3º) “*A homossexualidade não é uma ideologia ou crença*”, de forma que ela não é um culto a um modo ou estilo de vida;

4º) “*Os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida*”, do mesmo modo que qualquer casal heterossexual;

5º) “*não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas*”, pode-se dizer que tal premissa é uma decorrência lógica das outras, visto que todos os indivíduos são iguais na República Federativa Brasileira, destarte que uma lei e/ou artigo da Constituição discriminando alguém pela orientação sexual seria inverossímil.

Esses axiomas vão ao encontro da igualdade dos homossexuais quanto indivíduos, devendo sempre serem lembrados quando algum direito LGBT estiver em discussão.

---

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 59-60.

Ainda, faz-se preciso destacar uma contradição existente no voto do Ministro Fux. Inicialmente, ele afirma<sup>76</sup> que a Constituição não permite um entendimento de “família” que seja afrontoso aos direitos fundamentais e, posteriormente, julga procedente os pedidos pela aplicação da interpretação conforme à Constituição, nos termos pedidos solicitados pelos autores. Não há que se utilizar dessa técnica, haja vista que interpretação diversa não é possível pelos valores que foram construídos e estão presentes na CRFB/1988.

Nessa sequência, o Ministro ainda diz<sup>77</sup> “(...) *importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade*”. Essa é uma colocação bem perigosa, na medida em que pressupõe um raciocínio valorativo, tornando o julgamento que precisa ser elucidado à luz da teoria da Constituição em algo personalíssimo do magistrado.

Prosseguindo com o voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, há de se salientar a posição<sup>78</sup> da Ministra quanto à compreensão da Constituição como um conjunto de valores, de forma que se faz preciso levar isso em consideração quando se realiza a atividade interpretativa. Desse modo, a Ministra reconhece a união homoafetiva como entidade familiar.

Ainda, atenta-se para a utilização do direito fundamental à liberdade em uma acepção diferente daquela aqui já tratada. O próprio Dworkin<sup>79</sup> afirma que há várias acepções de liberdade, sendo que, no voto da Ministra Cármen Lúcia<sup>80</sup>, a liberdade deve ser compreendida como a liberdade de ser e viver como quiser, protegida pelo princípio da igualdade.

O Ministro Ricardo Lewandowski iniciou seu voto<sup>81</sup> com breve digressão histórica acerca da definição de família e da discussão entabulada pela Assembleia Constituinte quando da concepção do dispositivo constitucional, na qual teria sido estipulado que a união estável encerraria apenas a união heteroafetiva.

---

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 63.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 91-92.

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões, revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 166.

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 93-94.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 111-112.



Contudo, esse argumento é questionável. Quantos participantes da Assembleia Constituinte se envolveram nesse debate? Desses que participaram, seria sua opinião mais importante que do restante? Quantos votaram com a “intenção” de que esse dispositivo fosse interpretado restritivamente? Pois bem, a “intenção” de cada legislador não é um bom parâmetro para se interpretar uma lei, haja vista que há muitas variáveis que inferem no processo constituinte e/ou legislativo. Ademais, essa interpretação deve ser observada pelo viés do direito como integridade, envolvendo todo o processo político que cerca a origem da legislação<sup>82</sup>.

Ato seguinte, o Ministro Lewandowski lança mão do método integração analógica, considerando-se que haveria uma lacuna existente no direito brasileiro sobre a união homoafetiva. Assim, o Ministro reconhece essa união como entidade familiar, aplicando as disposições relativas à união homoafetiva até que haja legislação específica sobre o tema, ponto no qual foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, Presidente do STF à época.

Novamente, essa postura é discutível. Não se faz necessário o uso de analogia para resolver a questão, bastando que se aplique a teoria do direito como integridade de Dworkin<sup>83</sup>. Por conseguinte, não há que se falar em qualquer lacuna normativa, pois a Constituição Federal, vista como um sistema, assegura os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade.

O voto favorável do Ministro Joaquim Barbosa<sup>84</sup>, no que lhe concerne, teve como fundamentos do reconhecimento da união homoafetiva o princípio da dignidade humana, igualdade e vedação à discriminação. Destaca-se ainda a postura do Ministro quanto aos direitos fundamentais, afirmando que esses não são exauridos na Constituição e/ou Tratados, surgindo também dos princípios ali enumerados.

Como já tratado pelo Ministro Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes foca, em seu voto, a questão da lacuna axiológica sobre a temática, ao mesmo tempo em que deixa claro a dificuldade de deliberação pelo Congresso Nacional sobre os direitos LGBTs. Nessa lógica, enaltece o “pensamento jurídico do possível”, de Häberle, que defende que

---

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 377 – 386.

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 116-120.

a interpretação de normas deve considerar realidades surgidas posteriormente à criação da norma.

Essa poderia até ser uma fala interessante, não fosse a ideia errônea de que a união homoafetiva e, por consequência lógica, os direitos LGBTs, sobrevieram repentinamente. A homoafetividade, como bem exposto pelo Ministro Luiz Fux (e posteriormente afirmado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes<sup>85</sup>), é algo natural da sociedade, existindo desde tempos imemoriais. Pode-se dizer que, antigamente, comportamentos e comentários preconceituosos não permitiam que tais direitos fossem garantidos.

Na linha da crítica acerca da interpretação conforme à Constituição, o Ministro Gilmar Mendes afirma que ela somente é possível devido a interpretações do texto legal que negam o reconhecimento da união homoafetiva. Ainda, cita passagens de um texto de Streck, Barretto e Oliveira<sup>86</sup>, de onde destacamos o seguinte trecho:

A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família.

Esse fragmento de texto simboliza uma visão míope da Teoria Constitucional. Desconsiderando todo e qualquer princípio existente na Constituição, bem como a interpretação do conjunto de valores existentes, esses autores favorecem a literalidade do texto acima de qualquer coisa. Assim, ao insinuarem que a união homoafetiva deve ser regida pelo direito das obrigações, eles retiram dos homossexuais sua dignidade e igualdade, rebaixando sua união a uma mera relação jurídica.

O Ministro Mendes toca em um ponto sempre caro à atuação do STF: a sua legitimidade. Ao afirmar: “(...) *e os tribunais brasileiros vêm adotando posicionamentos distintos, conforme demonstram os documentos juntados aos autos*”, rememora-se uma importante função do Supremo Tribunal Federal: o papel de uniformizar a jurisprudência<sup>87</sup>. Assim, sendo a mais alta Corte do país, o STF elucida controvérsias

---

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011, p. 161.

<sup>86</sup> STRECK, Lenio L.; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael T. de. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Teresina: Jus Navigandi, ano 14, n. 2218, 28: 2009. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>> Acesso em 19.11.2018.

<sup>87</sup> Art. 102, § 2º *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia*

criando precedentes de efeito vinculante que deverão ser observados pelas demais tribunais do país.

Dessa forma, essa fala reforça o papel legítimo do STF na resolução dessa demanda, que trata de um direito fundamental básico de uma minoria<sup>88</sup>.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, evoca<sup>89</sup> um traço importante que cerca o debate de direitos homoafetivos: a violência. A alta taxa de homicídios de homossexuais mostra a necessidade de protegê-los não só por meio de legislação específica, mas também por meio de políticas públicas.

Recorrendo a um contraponto interessante<sup>90</sup>, o Ministro explicita que Direito e Moral são anexos, uma vez que, na visão do Ministro, o Direito sem Moral permitiria absurdos (tal qual o Holocausto) e o Direito totalmente subordinado à moral admitiria situações em que o fundamentalismo religioso imperaria. Esse entendimento vai na contramão do juízo de Posner<sup>91</sup>, que busca desvincular o Direito da Moral, de forma que juízes não precisem utilizá-la:

As considerações derivadas da teoria moral são mero subconjunto das considerações normativas potencialmente úteis para o juízo judicial. As questões morais podem ser ou suprimidas ou reformuladas como questões de interpretação, competência institucional, prática política, separação de poderes ou *stare decisis* (decisão de acordo com os precedentes) – ou, ainda, encaradas como um motivo convincente para que o Judiciário se abstenha.

Em oposição a esse posicionamento, destaca-se a teoria do direito de Dworkin<sup>92</sup>, na qual a moral exerce papel fundamental, fazendo parte do direito como integridade.

O Ministro Marco Aurélio traz a afetividade também ao debate, dizendo<sup>93</sup>

---

*contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.* (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal).

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 171.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 201-215.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 204-205.

<sup>91</sup> POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 177-178.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 208.

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite a união homoafetiva admitida como tal.

Esse entendimento segue a linha da discussão atual em direito de família, na qual a afetividade é expressão importante na constituição da entidade familiar. Ainda, cada um pode constituir a família da forma que desejar, partilhando de interesses comuns<sup>94</sup>. Por conseguinte, a definição de família não distingue gênero ou orientação sexual, cabendo o Estado proteger e assegurar toda e qualquer família.

Nesse ponto de vista, há também o direito à busca da felicidade, mencionado pelo Ministro Celso de Mello<sup>95</sup>, devendo cada um ser livre para construir o futuro que lhe convier.

O Ministro Marco Aurélio ressalva ainda importante argumento acerca dos direitos fundamentais, que possuem caráter contramajoritário, visando assegurar o direito das minorias<sup>96</sup>. Desse modo, o STF tem uma incumbência primordial na proteção desses direitos, ainda mais quando se há uma maioria desfavorável ao reconhecimento desses direitos, impossibilitando o reconhecimento pela via legislativa.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto<sup>97</sup>, fez breve digressão histórica acerca de como o direito encarou a homossexualidade ao longo dos tempos. No caso em questão, compreendeu não haver lacunas e defendeu o ativismo judicial, tendo em conta a omissão do Estado na regulação do tema.

Por fim, o Ministro Cezar Peluso<sup>98</sup>, Presidente do STF à época, defendeu a existência de lacunas, tal qual afirmado anteriormente, aplicando a analogia para resolver a demanda. Ainda, afirma que essa analogia deve ser utilizada por se tratar de semelhança entre os institutos (união homoafetiva e união heterossexual) e não por causa da igualdade entre eles.

---

<sup>94</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 250.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 216-265.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 266-269.

Essa postura é bastante criticável, pois, no que diferiria, no plano constitucional, esses institutos? A CRFB/1988 declara que todos somos iguais, independente de raça, cor, sexo e/ou orientação sexual, fazendo com que a distinção entre essas uniões estáveis não tenha sentido.

Por conseguinte, todos os Ministros que participaram do julgamento foram favoráveis ao reconhecimento da união estável homoafetiva, com certas diferenças de fundamentação. Embora o acórdão possa ter pontos que gerem discussão, é inegável que esse julgamento foi histórico na proteção dos direitos LGBTs.

#### **4.3 Perspectivas e questões relacionadas à união homoafetiva**

Na esteira do julgamento do STF, como já explanado anteriormente, foi editada a Resolução nº 175 em 14 de maio de 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que obrigada os cartórios a celebrarem o casamento homoafetivo, bem como converter a união estável homoafetiva em casamento civil.

Essa Resolução foi editada para pôr fim às questões que surgiram com o julgamento do STF retratado no tópico acima, uma vez que houve divergência entre os próprios Ministros quanto à extensão do reconhecimento da união homoafetiva. Desse modo, houve a ampliação dos direitos e deveres do casamento e união heteroafetiva aos casais homoafetivos.

A adoção homoparental, por exemplo, foi um grande avanço possível às famílias LGBTs após a regulamentação da medida. Muito se questiona sob tal medida, impondo-lhe, às vezes, restrições descabidas, fazendo com que o Poder Judiciário aja para preservar o princípio da igualdade<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> Nesse sentido, há importante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ): RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ARTS 29 E 50, §§ 1º E 2º). HABILITAÇÃO PARA FINS DE ADOÇÃO DE MENOR. FASE DE NATUREZA JURISDICIONAL. CABIMENTO DO ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE PESSOA HOMOAFETIVA NO CADASTRO. POSSIBILIDADE. LIMITE MÍNIMO DE IDADE DO ADOTANDO. IMPOSIÇÃO DESCABIDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. É viável a inscrição de pessoa homoafetiva no cadastro de interessados em adoção de menor, cabendo a verificação do preenchimento dos requisitos estabelecidos nos arts. 29 e 50, §§ 1º e 2º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

2. Ante a ausência de restrição legal, descabe a imposição de limite de idade para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva.

3. Recurso especial desprovido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: RE nº 1525714/PR, Relator: Ministro Raul Araújo, julgado em 16/03/2017 pela Quarta Turma, Publicado no DJe de 04/05/2017).

Cabe ressaltar que, recentemente, o próprio STF equiparou cônjuge e companheiro homoafetivo para fins sucessórios, quando do julgamento do RE 646721<sup>100</sup>, julgado em conjunto com o RE 878694, ambos com repercussão geral conhecida.

Esse julgado vai ao encontro da ideia de romance em cadeia de Dworkin<sup>101</sup>, na qual os juízes devem interpretar as normas com base nos princípios que regem a comunidade e considerando também a história prévia de sua aplicação e interpretação. Assim, cada juiz escreveria um capítulo dessa história, sempre sendo coerente aos princípios e também precedentes existentes.

Apesar dessa sequência de reconhecimentos de direitos LGBTs, há informações preocupantes que podem prejudicar essa linha evolutiva. O novo presidente do país, Jair Bolsonaro, sinaliza desde o início de sua campanha<sup>102</sup> ser contra a união homoafetiva, expressado por meio de um termo de compromisso<sup>103</sup> assinado com o site “Voto católico Brasil”.

---

<sup>100</sup> DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE nº 646721, Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Redator para acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, DJe-204 DIVULG 08/09/2017 PUBLIC 11/09/2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>> Acesso em 18.11.2018)

<sup>101</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275-286.

<sup>102</sup> GAZETA ONLINE. **Bolsonaro contraria próprio plano e ataca união homoafetiva**. Disponível em <[https://www.gazetaonline.com.br/noticias/politica/eleicoes\\_2018/2018/08/bolsonaro-contraria-proprio-plano-e-ataca-uniao-homoafetiva-1014144190.html](https://www.gazetaonline.com.br/noticias/politica/eleicoes_2018/2018/08/bolsonaro-contraria-proprio-plano-e-ataca-uniao-homoafetiva-1014144190.html)> Acesso em 16/11/2018.

<sup>103</sup> Pode ser consultado na página <<http://votocatolicobrasil.org/candidato-jair-bolsonaro-assina-termo-de-compromisso-com-catolicos/>> Acesso em 19.11.2018.

Em que pese o casamento homoafetivo ser regulado por uma resolução do CNJ, com natureza de ato normativo primário<sup>104</sup>, não há lei sobre a temática. Dessa forma, uma Medida Provisória editada pela presidência do país ou uma Lei aprovada pelo Congresso com teor discriminatório, proibindo essa união, revogaria a Resolução.

Ainda, pode-se dizer que as preocupações de Ministros como Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso quando do julgamento da ADPF nº 132 e ADI nº 4277 estariam sanadas, visto que, segundo eles, haveria uma lacuna normativa acerca da união homoafetiva.

Seria manifesto o caráter inconstitucional dessa Lei ou MP, uma vez que nega direitos e discrimina a população homoafetiva, podendo ser facilmente questionada por meio de ações de controle de constitucionalidade no STF. Como bem colocou o Ministro Celso de Mello em seu voto sobre a união homoafetiva<sup>105</sup>,

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

Uma maioria, por conseguinte, não pode e nem deve limitar direitos de minorias, em atenção ao próprio texto da Constituição. Democracia não é, necessariamente, a prevalência da vontade da maioria, mas sim a proteção e defesa do bem-estar de todos. Dessa forma, o debate acerca dessas questões precisa continuar, pois direitos já conquistados podem ser tolhidos.

---

<sup>104</sup> Tal entendimento foi firmado pelo STF quando do julgamento da ADC nº 12/DF, sendo validado pelo próprio conteúdo do art. 103-B, §4º da CRFB/1988.

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011. p. 240.

## CONCLUSÃO

Portanto, ainda há muito o que se avançar no reconhecimento de direitos LGBTs. Em que pese tanto o casamento quanto a união homoafetiva serem reconhecidos hoje, a violência e manifestações de preconceito contra essa população ainda são altas e visíveis na sociedade.

Embora possa se questionar sobre a legitimidade dos juízes e tribunais, eles são peças fundamentais na defesa dos direitos de minoria, os quais nem sempre são assegurados pela via legislativa. Assim, mesmo não sendo eleitos democraticamente, eles representam e interpretam princípios e valores da Constituição Federal, sendo peça-chave no Estado democrático de direito.

O ativismo judicial e judicialização da política podem ser vistos com ressalvas, mas são muito comuns em um contexto no qual o Legislativo se omite, seja por ausência de interesse e/ou de deliberação. Assim, juízes e tribunais passam a desempenhar um importante papel que inicialmente era apenas do Legislativo.

Ainda, ressalta-se que não se deve eximir o Legislativo de suas responsabilidades, buscando sempre a regulamentação de direitos garantidos pela Constituição. De toda sorte, fica claro que a não regulamentação por esse Poder não constitui um óbice à usufruto dessas garantias fundamentais.

O STF acertou ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, garantindo a igualdade, liberdade e dignidade previstas na Constituição Federal. A fundamentação dessa decisão, embora devesse ter sido baseada na Teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin, trouxe um ponto primordial nessa discussão: o princípio da igualdade, que, cada vez mais, precisa ser buscado.

Destaca-se, ainda, que não se faz preciso a utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição ou qualquer outro método interpretativo para o reconhecimento da união homoafetiva. A interpretação em conformidade com a Constituição recai em um raciocínio valorativo de que, das interpretações possíveis, uma precisaria ser retirada. Dessa forma, no julgamento analisado, esse método dá o tom de que a interpretação que restringe direitos de casais homoafetivos seria perfeitamente cabível, sendo essa técnica necessária para eliminá-la.

Como demonstrado na análise, é dispensável a utilização do método interpretativo, haja vista que a Constituição Federal assegura direitos fundamentais, como igualdade e vedação à discriminação, de modo a impossibilitar uma interpretação da



norma que viole esses princípios. Assim, a Constituição brasileira positiva valores que impedem uma interpretação literal do artigo 1723 do Código Civil e, ainda, fazem com que o rol de entidades familiares previstos no artigo 226, §3º da CRFB/1988 seja meramente exemplificativo. Por conseguinte, o reconhecimento da união homoafetiva decorre da própria Constituição, não sendo possível falar em ativismo judicial.

O Supremo Tribunal Federal, embora seja considerado por muitos uma corte política, não deve embasar suas decisões em questões políticas. Os Ministros que compõem esse Tribunal são interpretes legítimos da Constituição Federal, devendo primar pela aplicação dos valores e princípios firmados nesse Texto. Assim, o ativismo judicial foge da esfera do direito e adentra a política, postura que não deve ser bem vista.

Aponta-se, nessa conformidade, que o caso em comento deve ser entendido como uma afirmação da Constituição e valores dispostos em seu texto e, à vista disso, nenhum subterfúgio ou argumentação seria capaz de levar a uma conclusão diversa da tida no julgamento. Por conseguinte, a utilização de lógica argumentativa como a “*falácia do espantinho*” apenas faz com que a questão central do debate se perca, não sendo meio eficaz para desconstituir qualquer compreensão garantidora de direitos.

Essa lógica falaciosa é bem presente nos discursos que vão de encontro ao reconhecimento dos direitos LGBTs. Cria-se uma ideia que beira ao absurdo como justificativa para a negativa de direitos à essa população, acarretando em uma ausência de discussão e em uma compreensão errônea das consequências desse reconhecimento. Assim, o debate não avança, instalando-se no senso comum e em costumes arraigados da sociedade.

Contudo, como já tratado, há de se reconhecer a evolução na reconição de direitos pela população LGBT. Se antes o próprio tema era tabu, de modo que a maioria dos LGBTs não se declaravam como tal publicamente, hoje cada vez mais existe espaço para que o indivíduo se reconheça e exponha sua orientação sexual. Além disso, progressivamente, o termo “*orientação sexual*” tem se difundido, sendo preferido ao vocábulo “*opção sexual*”, o qual carrega um estigma de escolha racional que poderia ser facilmente alterada.

O reconhecimento da união estável homoafetiva e a posterior edição da Resolução nº 175 do CNJ, que regulamento o casamento homoafetivo, são marcos históricos dessa linha evolutiva. Além de garantir esses direitos, eles deram ênfase à discussão da matéria, propiciando uma visibilidade nunca vista antes no país.

Ainda assim, não se deve esquecer a constante luta diária depreendida pelos LGBTs. São diversas as formas de preconceito e exclusão manifestadas pela sociedade, inferiorizando não só as pessoas, mas também condutas que divergem do padrão heterossexual. Dessa forma, é comum o medo do estigma “*gay*”, fazendo com que muitas pessoas não se solidarizem pela questão e/ou exteriorizem sua orientação sexual, questão aqui compreendida como um conteúdo de direitos fundamentais.

Portanto, o reconhecimento da união estável homoafetiva é uma afirmação da Constituição Federal em toda sua extensão. Por mais que a Suprema Corte brasileira tenha reconhecido essa união, ela não deveria jamais ser percebida como um objeto de interpretação conforme à Constituição, mas sim uma garantia firmada no próprio Texto. Expressar compreensão diferente dessa fere diversos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e não permite que o indivíduo seja livre para simplesmente ser o que ele é.

## REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: Entre a Justiça e a Política**. In: Sistema Político Brasileiro: uma introdução. Capítulo 3. 2ª Edição Revisada e Ampliada. Organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. Editora Unesp.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. In: Idem. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª edição São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7292/2017**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2128135>> Acesso em 26/10/2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 287/2003**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105927>> Acesso em 26/10/2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 5002/2013**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>> Acesso em 26/10/2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 580/2007**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155>> Acesso em 26.10/2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 2383/2003**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=139917>> Acesso em 26/10/2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 4508/2008**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420940>> Acesso em 26/10/2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 620/2015**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=969166>> Acesso em 26/10/2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Brasília, DF, maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, Brasília, DF, outubro 1941.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 134 de 2018**. Relator atual: Ataídes Oliveira. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em 26/10/2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado nº 457 de 2011**. Relator atual: Antonio Anastasia. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101467>> Acesso em 26/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1525714/PR**. Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/03/2017. Publicado no DJe em 04/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão publicado em 14/10/2011. DJe nº 198, divulgado em 13/10/2011.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 4275.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Proposta em 21/07/2009.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 5543.** Relator: Ministro Edson Fachin. Proposta em 07/06/2016.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 5740.** Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Proposta em 04/07/2017.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 5668.** Relator: Ministro Edson Fachin. Proposta em 13/03/2017.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus: HC nº 126.292.** Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Acórdão publicado em 17/05/2016. DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Injunção: MI nº 4733.** Relator: Ministro Edson Fachin. Proposta em 10/05/2012.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança: MS nº 34327.** Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016. Acórdão publicado em 01/08/2017. DJe nº 168, divulgado em 31/07/2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário: RE nº 646721.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018. Acórdão publicado em 11/09/2017. DJe nº 2014, divulgado em 08/09/2018.

CARROLL, Aegus; MENDOS, Lucas R. **State Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition.** ILGA: Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais. 12ª Edição. Genebra, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIS, Nilson Fernandes. **Homofobia e educação: quando a omissão também é signo de violência**. Educ. rev., Curitiba, n. 39, p. 39-50, Abril de 2011. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-40602011000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602011000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31/10/2018. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-40602011000100004>>.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões, revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADÃO. **Um panorama do casamento gay e da adoção por casais do mesmo sexo pelo mundo**. Disponível em <<https://internacional.estadao.com.br/blogs/radar-global/um-panorama-do-casamento-gay-e-da-adocao-por-casais-do-mesmo-sexo-pelo-mundo/>> Acesso em 24.10.2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Caso Obergefell v. Hodges**. Disponível em <[https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)> Acesso em 24.10.2018.

FLEURY, Alessandra Ramos Demito; TORRES, Ana Raquel Rosas. **Análise psicossocial do preconceito contra homossexuais**. Estud. psicol. (Campinas),

Campinas , v. 24, n. 4, p. 475-486, Dezembro de 2007. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2007000400007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2007000400007&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 24/10/2018. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-166X2007000400007>>.

GAZETA ONLINE. **Bolsonaro contraria próprio plano e ataca união homoafetiva.** Disponível em <[https://www.gazetaonline.com.br/noticias/politica/eleicoes\\_2018/2018/08/bolsonaro-contraria-proprio-plano-e-ataca-uniao-homoafetiva-1014144190.html](https://www.gazetaonline.com.br/noticias/politica/eleicoes_2018/2018/08/bolsonaro-contraria-proprio-plano-e-ataca-uniao-homoafetiva-1014144190.html)> Acesso em 16/11/2018.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Mortes violentas de LGBT no Brasil Relatório 2017.** Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em 24/10/2018.

G1. **Veja quais países já aprovaram o casamento gay.** Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/veja-quais-paises-ja-aprovaram-o-casamento-gay.html>> Acesso em 24.10.2018.

FLEURY, Alessandra Ramos Demito; TORRES, Ana Raquel Rosas. **Análise psicossocial do preconceito contra homossexuais.** Estud. psicol., Campinas , v. 24, n. 4, p. 475-486, Dezembro de 2007. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2007000400007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2007000400007&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 24/10/2018. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-166X2007000400007>>.

FOLHA DE S. PAULO. **Holanda aprova casamento homossexual incluindo adoção de crianças.** Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u8256.shtml>> Acesso em 24.10.2018.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=22856&t=destaques>> Acesso em 19/11/2018.

JOHNSON, Ralph Henry; BLAIR, John Anthony. **Logical Self-Defence**. 2ª ed., Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1983.

KOEHLER, Sônia Maria Ferreira. **Homofobia, cultura e violências: a desinformação social**. Revista Interacções, vol. 9 n.º 26 (2013): NÚMERO ESPECIAL – Adolescência: uma visão caleidoscópica. Publicado em 01/01/2014.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; BRITO, Walderes. **Políticas públicas de segurança para a população LGBT no Brasil**. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 22, n. 1, p. 297-320, Abril de 2014. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2014000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2014000100016&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31/10/2018.

MENEZES, Aline Beckmann; BRITO, Regina Célia Souza; HENRIQUES, Alda Loureiro. **Relação entre gênero e orientação sexual a partir da perspectiva evolucionista**. Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, v. 26, n. 2, p. 245-252, Junho de 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722010000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722010000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 24/10/2018. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-37722010000200006>>.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Marcelo. **A interpretação jurídica no estado democrático de direito**. In: Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2001.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direitos Constitucional**. 10ª ed. Ver., ampl e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

O GLOBO. **Após pressão de religiosos, Dilma suspende produção de kit anti-homofobia**. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/politica/apos-pressao-de>>



religiosos-dilma-suspende-producao-de-kit-anti-homofobia-2766070> Acesso em 26/10/2018.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown & Company, 1972.

\_\_\_\_\_. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

STRECK, Lenio L.; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael T. de. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Teresina: Jus Navigandi, ano 14, n. 2218, 28: 2009. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>> Acesso em 19.11.2018.

TEIXEIRA, Matheus. **No julgamento de Bolsonaro, Roberto Barroso fala em tipificar crime de homofobia**. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/bolsonaro-barroso-em-tipificar-crime-de-homofobia-29082018>> Acesso em 24/10/2018.

VOTO CATÓLICO BRASIL. **Termo de Compromisso**. Disponível em <<http://votocatolicobrasil.org/candidato-jair-bolsonaro-assina-termo-de-compromisso-com-catolicos/>> Acesso em 19.11.2018.

ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil**. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 19, n. 40, p. 195-209, Outubro de 2011. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300014&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10/11/2018.